

Prof. Dr. Christopher Geth

Selbstbelastungsfreiheit im Unternehmensstrafrecht – Konflikt zwischen Moderne und Tradition aus Schweizer Perspektive

DOI 10.1515/zstw-2014-0005

I. Einleitung

Als Reaktion auf neue Formen von Kriminalität¹, die nicht als Taten einzelner Individuen, sondern als solche von Wirtschaftsunternehmen erscheinen, hat der Schweizer Gesetzgeber 2003 mit Art. 102 StGB² die Strafbarkeit von Unternehmen verankert. Dies war kein leichter Entschluss. Während etwa England und die USA bereits seit dem 19. Jahrhundert die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen kannten³, brauchte es in der Schweiz nach ersten Anläufen im Jahr 1991⁴ immerhin noch zwölf Jahre, bis die Unternehmensstrafbarkeit geregelt wurde. Wie in allen kontinentaleuropäischen Staaten, wurde die Einführung einer Unternehmensstrafe intensiv und kontrovers diskutiert. Die Argumente derjenigen, die eine Unternehmensstrafbarkeit aus den bekannten Gründen kategorisch ablehnen, vermochten den Schweizer Gesetzgeber indes nicht zu überzeugen. Die

1 Insb. organisierte Kriminalität, Wirtschaftskriminalität und Umweltkriminalität, wobei für Letzteres das Unglück „Schweizerhalle“ im Jahr 1986 steht, bei welchem der Rhein durch das Einleiten von verseuchtem Löschwasser nach einem Grossbrand beim Chemiekonzern Sandoz (inzwischen Teilkonzern des Pharmakonzerns Novartis) verunreinigt wurde; vgl. *Niggli/Gfeller*, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, Art. 102 Rdn. 13 m. w. N.

2 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

3 *Lütolf*, Strafbarkeit der Juristischen Person, 1997, S. 253f.; *Niggli/Gfeller*, in: Basler Kommentar Strafrecht I (Anm. 1), Art. 102 Rdn. 1, 5f., je m. w. N.

4 Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers sowie die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, Vorentwurf und erläuternder Bericht, EJPd, März 1991; Wortlaut abgedruckt bei *Niggli/Gfeller*, in: Basler Kommentar Strafrecht I (Anm. 1), Art. 102 Rdn. 14.

Christopher Geth: Inhaber einer Assistenzprofessur für Strafrecht an der Universität Bern und Lehrbeauftragter im Fachbereich Strafrecht an der Universität Basel

materiell-rechtliche Diskussion hat sich folglich verlagert hin zu Fragen der konkreten Ausgestaltung der Unternehmensstrafe und des Anwendungsbereichs von Art. 102 StGB.

Angesichts dieser teilweise intensiv geführten Diskussion um die Unternehmensstrafe als solche, erstaunt es, dass es in der Schweiz bisher kaum eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Prozessrecht gibt⁵. Prozessrechtliche Aspekte haben im Gesetzgebungsverfahren praktisch keine Rolle gespielt⁶. Dies lässt sich teilweise damit erklären, dass das Strafprozessrecht bis zum Jahr 2011 kantonal geregelt war. Die Gesetzgebungskompetenz für das Prozessrecht ist jedoch bereits seit dem Jahr 2000 in den Händen der Eidgenossenschaft⁷, weshalb es möglich war, gleichzeitig mit der Schaffung von Art. 102 StGB Regelungen zum Unternehmensstraftprozess zu erlassen. Dass der Gesetzgeber sich hier mit einem Minimalprogramm, geregelt im Strafgesetzbuch (Art. 102a StGB 2003), begnügte, lag wohl an der damals schon relativ weit gediehenen Einführung eines Schweizerischen Strafprozessrechts, der man nicht vorgreifen wollte. Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung zum 1. Januar 2011 (StPO)⁸ wurde der Regelungsgehalt von Art. 102a StGB in seinen wesentlichen Zügen in die neue StPO überführt und durch einzelne spezifisch auf die Unternehmensstrafe ausgerichteten Vorschriften ergänzt.

Soweit keine speziellen Regelungen vorliegen, geht die allgemeine Meinung davon aus, dass grundsätzlich alle Vorschriften zum Individualstrafverfahren auf den Unternehmensstraftprozess übertragbar sind⁹. Dies gelte insbesondere für die Verfahrensgrundsätze, die gleichermaßen für Unternehmen Geltung beanspruchen sollten. Die Leichtigkeit, mit welcher der Schweizer Gesetzgeber eine Gel-

5 Vgl. aber z.B. *Arzt*, Festschrift für Burgstaller, 2004, S. 221ff.; *Bertossa*, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, 2003, S. 109ff.; *Pieth*, Festschrift für Eser, 2005, S. 599ff.; *Schmid*, recht 2003, S. 201ff.

6 Der bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung im Jahre 2011 geltende Art. 102a StGB, in dem wenige prozessuale Vorschriften enthalten waren, wurde bspw. erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen in das Gesetz aufgenommen; vgl. *Schmid*, recht 2003, S. 204. Auch die Strafprozessordnungen der meisten Kantone enthielten keine spezifischen Regelungen für die Verfolgung von Unternehmen. Eine Ausnahme bildete insofern der Kanton Bern in der Einführungsverordnung vom 23. Juni 2003 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Verantwortlichkeit des Unternehmens) (BSG 311.111).

7 Vgl. Art. 123 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

8 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

9 Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BB1 2006, S. 1085); *Egler*, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, 2008, S. 90f.; *ders.* in: Basler Kommentar StPO, 2011, Art. 112 Rdn. 63; *Macaluso*, La responsabilité pénale de l'entreprise, Genf 2004, Rdn. 1253ff.; *Pieth*, Festschrift für Eser, S. 609; *Schmid*, recht 2003, S. 214.

tung der Prozessmaximen voraussetzt, überrascht. Denn andere Länder, die eine Unternehmensstrafe bereits länger vorsehen, (wie etwa die USA) lehnen eine allgemeine Übertragbarkeit und insbesondere die Geltung der Selbstbelastungsfreiheit weitestgehend ab¹⁰.

Es stellt sich die Frage: Darf auch ein Unternehmen die Aussage verweigern, und wenn ja, wie kann ein solches Aussageverweigerungsrecht effektiv durchgesetzt werden?

Zur Beantwortung dieser Frage geben ein Überblick über die Geltung der Prozessmaxime (unter II.) sowie die spezifisch auf den Unternehmensstrafprozess ausgerichteten Vorschriften in der Strafprozessordnung (unter III.) einen allgemeinen Einstieg. Anschließend wird die Rolle des Unternehmensvertreters unter dem Blickwinkel der Selbstbelastungsfreiheit des Unternehmens diskutiert (unter IV.). Dieser kann in verschiedener Hinsicht bei der Aufklärung unternehmensbezogener Straftaten beteiligt sein, in seiner typischen Funktion als „Quasi-Beschuldigter“ im Strafverfahren gegen das Unternehmen (mit entsprechendem Aussageverweigerungsrecht), aber auch als aussagepflichtiger Zeuge in einem Verfahren gegen den mutmaßlichen Täter der Anlasstat. Können solche Zeugenaussagen des Unternehmensvertreters im Strafverfahren gegen das Unternehmen herangezogen werden (unter IV.1)? Mit Blick auf die Verwertbarkeit einer Aussage im Unternehmensstrafprozess besteht ein ähnlicher Konflikt zwischen Schweigerecht und Auskunftspflicht des Unternehmensvertreters in dem Spezialfall eines dem Strafverfahren vorgeschalteten aufsichtsrechtlichen Verfahrens im Bereich des Bankenaufsichtsrechts (unter IV.2).

II. Anwendbarkeit der Prozessmaxime

Wie bereits ausgeführt, geht man in der Schweiz davon aus, dass die Normen für das Strafverfahren gegen Individuen im Prinzip entsprechend auf den Unternehmensstrafprozess anwendbar sind. Das Unternehmen als beschuldigte Person ist in seiner Rechtsstellung der beschuldigten natürlichen Person gleichgestellt¹¹.

Dies gilt zunächst für die Anwendbarkeit der Prozessmaxime, deren Geltung im Gesetzgebungsverfahren unbestritten war und auch von der herrschenden Literaturansicht getragen wird, mit der Konsequenz, dass Unternehmen die Aussage verweigern dürfen. In den Gesetzgebungsmaterialien wird hierzu ausgeführt:

¹⁰ Vgl. Arzt, Festschrift für Burgstaller, S. 229.

¹¹ Vgl. die Angaben in Anm. 9.

„Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Unternehmen in ihrer Rolle als beschuldigte Gebilde die gleichen Verfahrensrechte wie natürliche Personen als Beschuldigte beanspruchen können, also beispielsweise das Recht, eine aktive Mitwirkung im Verfahren zu verweigern“¹².

Neben der Geltung der Unschuldsvermutung und *nemo tenetur* gilt dies auch für andere Prozessgrundsätze¹³, etwa für:

- die Anwendbarkeit des Anklagegrundsatzes;
- die Möglichkeit, einen Rechtsbeistand zu benennen (u.U. ist sogar eine amtliche Verteidigung denkbar);
- das rechtliche Gehör, insbesondere das Recht auf Akteneinsicht und das Teilnahme- und Fragerecht bei Einvernahmen.

Diese verfahrensrechtliche Gleichstellung des Unternehmens mit Individuen ist freilich nicht unwidersprochen geblieben. *Arzt* bspw. etwa hat sich vehement gegen die Geltung der Unschuldsvermutung und damit auch der Selbstbelastungsfreiheit mit folgender Begründung ausgesprochen: „Wo es nicht um echte Schuld geht, gilt die Unschuldsvermutung nicht.“¹⁴ Neben praktischen Problemen im Unternehmensstrafprozess verweist *Arzt* auf die menschenrechtliche Herleitung der genannten Prinzipien, die auf ein Unternehmen nicht übertragbar seien¹⁵. Diese subjektiv-personalistische Sichtweise, die den *nemo-tenetur*-Grundsatz aus der Menschenwürde bzw. dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts herleiten will, ist zwar als Resultat der Abkehr vom alten Inquisitionsprozess zum reformierten Strafprozess geschichtlich belegt, wird aber in der neueren Literatur vermehrt in Frage gestellt. Die Selbstbelastungsfreiheit wird teilweise als Prozessgrundrecht verstanden, also genuin verfahrensrechtlich begründet, nämlich als Bestandteil des Fairnessgebots von Art. 6 EMRK¹⁶. Der Beschuldigte wird als Pro-

¹² Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BB1 2006, S. 1168.

¹³ Vgl. dazu ebenfalls die Botschaft des Bundesrates (Anm. 12): „Im Übrigen versteht sich von selbst, dass sich das Unternehmen als im Strafverfahren beschuldigtes Gebilde auf die üblichen Verfahrensgrundsätze wie den Anspruch auf rechtliches Gehör, den Anklagegrundsatz oder die Unschuldsvermutung berufen kann.“

¹⁴ *Arzt*, Festschrift für Burgstaller, S. 231.

¹⁵ Vgl. zu dieser Diskussion: *Bertossa* (Anm. 5), S. 143ff.; *Drope*, Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, 2002, S. 186ff.; *Queck*, Die Geltung des *nemo-tenetur*-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, 2005, S. 115ff.; *Schlüter*, Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung, 2000, S. 100ff.; *von Freier*, ZStW 122 (2010), S. 117ff.

¹⁶ Vgl. etwa EGMR vom 17.12.1996, *Saunders vs. Vereinigtes Königreich*, EGMR vom 30.6.2008, *Gäfigen vs. Deutschland* = EuGRZ 35 (2008), S. 476; ausführlich: *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 389ff. m.w.N.

zesssubjekt anerkannt oder wie Böse es im Hinblick auf die Garantie des rechtlichen Gehörs formuliert hat: Dem Beschuldigten müsse seine kommunikative Autonomie erhalten bleiben, positiv durch eine kommunikative Teilhabe und negativ – als dessen Kehrseite – durch das Recht zu schweigen¹⁷. Mit dieser verfahrensrechtlichen Herleitung wird der Bezug von *nemo tenetur* zur Menschenwürde zumindest relativiert. Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Unternehmen und Individuum birgt allerdings einige Schwierigkeiten, die zumindest auch daraus resultieren, dass das Unternehmen per se nicht handlungsfähig ist, sondern auf eine natürliche Person angewiesen ist, die es vertritt.

III. Strafprozessuale Sondernormen für den Unternehmensstrafprozess

Da Unternehmen anders strukturiert sind und deshalb auch im Strafverfahren teilweise anders behandelt werden müssen, sieht die StPO für den Unternehmensstrafprozess einige wenige Sonderregeln vor. Diese finden sich u. a.¹⁸:

- bei der Vertretung des Unternehmens (Art. 112 StPO);
- zur Einvernahme („Vernehmung“) des Unternehmensvertreters und seiner Mitarbeitenden (Art. 178 lit. g StPO);
- zum Herausgabeverweigerungsrecht bei der Beschlagnahme von Gegenständen und Vermögensrechten (Art. 265 Abs. 2 lit. c StPO) und
- bei der Überwachung von Bankbeziehungen, wenn sich die Bank oder das bankähnliche Institut durch die Herausgabe von Informationen oder Dokumenten selbst belasten würde (Art. 285 Abs. 2 StPO).

1. Vertretung des Unternehmens im Strafprozess

Die Prozessfähigkeit des Unternehmens im Strafprozess wird durch einen Unternehmensvertreter hergestellt. Art. 112 Abs. 1 StPO sieht vor, dass das Unternehmen durch eine einzige Person vertreten wird, die vom Zeitpunkt ihrer Einsetzung bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt sein muss. Bei der Aktiengesellschaft sind dies z. B. ein Verwaltungsrat oder ein Mitglied der Ge-

¹⁷ Böse, GA 2002, S. 118 ff.

¹⁸ Vgl. darüber hinaus Art. 36 Abs. 2 StPO für die Regelung des Gerichtsstandes.

schäftsleitung, bei der Kommanditgesellschaft oder der GmbH ein Gesellschafter etc.¹⁹. Auch ein Prokurist ist grundsätzlich zur Vertretung in einem Strafverfahren legitimiert²⁰.

Die Vertretung führt zwar nicht zur Übertragung der Beschuldigtenrolle des Unternehmens an den Unternehmensvertreter; die Exklusivität des Vertretungsverhältnisses führt allerdings dazu, dass Prozesshandlungen anderer Personen als dem Unternehmensvertreter dem Unternehmen auch dann nicht zugerechnet werden können, wenn sie im Interesse des Unternehmens liegen²¹.

Der Unternehmensvertreter und sämtliche allfällige Ersatzpersonen (potenzielle Unternehmensvertreter) werden gemäß Art. 178 lit. g StPO als sog. Auskunftspersonen einvernommen²². Bei der Auskunftsperson handelt es sich um eine Stellung zwischen einem Zeugen und einer beschuldigten Person²³. Gedacht ist dabei an Fälle, in denen gegen eine Person zwar noch kein hinreichender Tatverdacht besteht, sie also somit nicht beschuldigt ist, aber gleichzeitig eine Tatbegehung nicht ausgeschlossen werden kann²⁴. Mit Ausnahme der Privatklägerschaft kommen den Auskunftspersonen bezogen auf die Aussagesituation die gleichen Rechte wie der beschuldigten Person zu; auch sie sind nicht zur Aussage verpflichtet²⁵.

Neben dem Unternehmensvertreter sind auch seine Mitarbeitenden nur als Auskunftspersonen einzuvernehmen²⁶. Damit soll sichergestellt werden, dass die Aussagefreiheit der Organe²⁷ nicht durch eine Einvernahme ihrer Hilfspersonen umgangen wird²⁸. Dieser weit reichende Schutz ist im Vergleich zu Individualbeschuldigten allerdings fraglich, da auch bei Vertrauenspersonen eines Individuums ein entsprechender Schutz fehlt, außer wenn ausnahmsweise ein Zeug-

19 Engler, in: Basler Kommentar StPO (Anm. 9), Art. 112 Rdn. 24 ff.

20 Engler, in: Basler Kommentar StPO (Anm. 9), Art. 112 Rdn. 34.

21 Vgl. Engler, in: Basler Kommentar StPO (Anm. 9), Art. 112 Rdn. 21; a. A.: Schmid, recht 2003, S. 212.

22 Kritisch Pieth, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2013, S. 181, der die Stellung des Unternehmensvertreters als Auskunftsperson als „Verlegenheitslösung“ bezeichnet und dafür plädiert, den Unternehmensvertreter als „Verkörperung des Beschuldigten“ anzusehen.

23 Vgl. Art. 178 ff. StPO.

24 Pieth (Anm. 22), S. 180.

25 Art. 180 Abs. 1 StPO. Der wichtigste Unterschied zu einem Zeugen besteht folglich darin, dass Auskunftspersonen nicht der Strafdrohung wegen Falschaussage unterstehen.

26 Parallele zu den Hilfspersonen in Art. 321 Ziff. 1 StGB.

27 Genauer: des Unternehmensvertreters und aller potenziell zur Unternehmensvertretung berechtigten Personen.

28 Pieth (Anm. 22), S. 182.

nisverweigerungsrecht eingreift²⁹. Der Personenkreis der Mitarbeitenden wird deshalb zu Recht relativ eng gefasst; darunter fallen etwa Personen aus dem Sekretariat oder persönliche Mitarbeitende³⁰. Im Umkehrschluss bedeutet diese Regelung, dass alle anderen Unternehmensangehörigen und Angehörige von beratenden Dienststellen (z.B. Rechts- oder Compliance-Abteilungen)³¹ als Zeugen vernommen werden können.

Die Bestellung des Unternehmensvertreters ist primär Angelegenheit des Unternehmens selbst. Die Verfahrensleitung, also im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft, setzt dem Unternehmen hierfür eine angemessene Frist. Der Unternehmensvertreter schlüpft in die Rolle eines „Quasi-Beschuldigten“³². Obwohl er vom Unternehmen dazu verpflichtet wird, die Interessen des Unternehmens zu wahren, sind seine Prozesshandlungen auch dann wirksam, wenn er nicht im Interesse des Unternehmens handelt. Eine solche Situation kann bspw. auftreten, wenn der Unternehmensvertreter selbst als Täter der Anlasstat in Betracht kommt und sich insofern in einem Interessenkonflikt befindet. Diesen Spagat zwischen den Interessen des Vertreters und des Unternehmens löst Art. 112 Abs. 3 StPO dahingehend auf, dass der Vertreter abgelöst wird, wenn er selbst wegen des gleichen oder eines damit zusammenhängenden Sachverhalts verdächtig ist. Wird keine Vertretung bestellt, bestimmt die Verfahrensleitung aus dem Kreis der uneingeschränkt zur Vertretung befugten Personen einen Unternehmensvertreter, Art. 112 Abs. 2 StPO.

2. Herausgabeverweigerungsrecht bei Beschlagnahme und Überwachung von Bankbeziehungen

Das Zeugnisverweigerungsrecht des Unternehmensvertreters wird durch ein Herausgabeverweigerungsrecht bei einer Beschlagnahme flankiert (Art. 265 Abs. 2 lit. a StPO). Bemerkenswert ist, dass das Herausgabeverweigerungsrecht des beschuldigten Unternehmens nicht ausdrücklich begrenzt wird, etwa auf Gegenstände und Vermögenswerte die sich im Besitz des Unternehmensvertreters und

²⁹ Pieth (Anm. 22), S. 182.

³⁰ Pieth (Anm. 22), S. 181f.

³¹ Kerner, in: Basler Kommentar StPO (Anm. 9), Art. 178 Rdn. 13.

³² Engler, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Zürich 2008, S. 146f.; ders., in: Basler Kommentar StPO (Anm. 9), Art. 112 Rdn. 20; Niggli/Maeder, in: Ackermann/Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Bern 2013, S. 192; Pieth (Anm. 22), S. 181; ders., Festschrift für Eser, S. 609.

seiner Mitarbeitenden befinden³³. Das Herausgabeverweigerungsrecht des Unternehmens geht damit weiter als sein Aussageverweigerungsrecht, vermittelt über den Unternehmensvertreter. Notwendige Voraussetzung für ein Herausgabeverweigerungsrecht des Unternehmens ist allerdings, dass es „Inhaber“ des Gegenstandes oder des Vermögenswertes ist. Welcher Bezug zwischen Gegenstand bzw. Vermögenswert und Unternehmen zu fordern ist, damit das Unternehmen als deren „Inhaber“ gilt, ist bislang nicht diskutiert worden. Wie bei Individuen auf die „tatsächliche Verfügungsgewalt“³⁴ abzustellen, macht bei einem Unternehmen wenig Sinn, da wohl jedenfalls alle beweglichen Sachen im Unternehmen unter der Verfügungsgewalt zumindest auch der Mitarbeitenden stehen. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zum Aussageverweigerungsrecht wäre eine Möglichkeit, das Herausgabeverweigerungsrecht auf Gegenstände und Vermögenswerte in der Inhaberschaft des in Art. 178 lit. g StPO genannten Personenkreises zu begrenzen. Bezogen auf Strafverfahren gegen Unternehmen, würde damit aber die Vorschrift des Art. 265 Abs. 2 lit. b StPO überflüssig.

Anders als bei natürlichen Personen, wird man beim Begriff der Inhaberschaft im Zusammenhang mit Unternehmen nicht an die faktischen Besitzverhältnisse anknüpfen können. Es erscheint sachgerecht, dem Unternehmen ein Herausgabeverweigerungsrecht zuzubilligen, das sämtlich Gegenstände und Vermögenswerte des Unternehmens betrifft.

Art. 265 Abs. 2 lit. c StPO weitet das Herausgabeverweigerungsrecht von Beschlagnahmegut des Unternehmens in zeitlicher Hinsicht auf die Situation aus, in der (noch) kein Tatverdacht besteht und das Unternehmen deshalb auch noch nicht beschuldigt ist³⁵. Würde sich das Unternehmen durch die Herausgabe von Gegenständen oder Vermögenswerten selbst derart belasten, dass es strafrechtlich oder zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden könnte, trifft es keine Herausgabepflicht. Beruft sich das Unternehmen auf das Herausgabeverweigerungsrecht aufgrund einer drohenden zivilrechtlichen Haftung, muss es allerdings plausibel darlegen, dass sein Schutzinteresse das Strafverfolgungsinteresse überwiegt.

Ein vergleichbares Herausgabeverweigerungsrecht gilt bei der Überwachung von Bankbeziehungen, die in Art. 285 Abs. 2 StPO speziell normiert ist. Die Bank oder das bankähnliche Institut haben keine Informationen oder Dokumente zu liefern, wenn sie sich durch die Herausgabe selbst derart belasten würden, dass sie strafrechtlich oder zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnten.

33 Engler, in: Basler Kommentar StPO, 2011, Art. 112 Rdn. 18.

34 Heimgartner, in: *Donatsch/Hansjakob/Lieber* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 265 Rdn. 4.

35 Bommer/Goldschmid, in: Basler Kommentar StPO (Anm. 9), Art. 265 Rdn. 14.

IV. Rollenwechsel des Unternehmensvertreters

Die Wirkung sowohl des Schweigerechts der (potenziellen) Unternehmensvertreter und ihrer Mitarbeitenden droht allerdings in verschiedenen Konstellationen relativiert zu werden, etwa:

- wenn der (potenzielle) Unternehmensvertreter zunächst als Zeuge bei der Ermittlung der Anlasstat einvernommen wird oder
- wenn und weil der (potenzielle) Unternehmensvertreter in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren aussagepflichtig ist und die dort gesammelten Informationen im Strafverfahren verwendet werden sollen.

1. (Potenzieller) Unternehmensvertreter als Zeuge

Eine erste Konstellation, in der sich die Selbstbelastungsfreiheit des Unternehmens bewähren muss, betrifft die Situation, in der ein (potenzieller) Unternehmensvertreter bei der Ermittlung der Anlasstat als Zeuge einvernommen wird. Die praktische Relevanz dieser Konstellation resultiert letztlich aus der Bezugnahme der Unternehmensstrafe in Art. 102 StGB zu einer Anlasstat, die von einem Individuum begangen sein muss. Genauer: Bei der sog. subsidiären Unternehmensstrafe nach Art. 102 Abs. 1 StGB kommt eine Strafbarkeit des Unternehmens überhaupt erst dann in Betracht, wenn eine Verantwortlichkeit des Täters der Anlasstat (Verbrechen oder Vergehen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung und im Rahmen des Unternehmenszwecks) entfällt, weil dieser nicht ermittelt werden kann. Auch die sog. „konkurrierenden Unternehmensstrafe“ nach Art. 102 Abs. 2 StGB, die für bestimmte Delikte organisierter Kriminalität oder von Wirtschaftskriminalität (u. a. Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäsche, Bestechungsdelikte) eine Bestrafung des Unternehmens unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen vorsieht, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern, setzt zwingend Ermittlungen gegen den Täter der Anlasstat voraus. Hier stellt sich die Problemlage allerdings teilweise anders dar, da die Verfahren gegen Unternehmen und Anlasstat parallel geführt werden können.

Bei der subsidiären Unternehmensstrafe ist es hingegen systemimmanent, dass zunächst entsprechende Verfahren gegen verdächtige natürliche Personen im Unternehmen geführt wurden oder werden. Illustriert an einem Beispiel: Aus Unternehmenskreisen erfährt die Staatsanwaltschaft, dass Mitarbeiter einer Bank in Insidergeschäfte verwickelt sein sollen. Die Staatsanwaltschaft eröffnet daraufhin ein Verfahren gegen den Leiter der entsprechenden Abteilung und zwei

weitere Mitarbeitende wegen Verstoß gegen Art. 40 BEHG (Ausnützen von Insiderinformationen)³⁶. Nach intensiven Untersuchungen stellt sich heraus, dass Insidergeschäfte getätigt wurden. Der oder die Täter lassen sich jedoch nicht ermitteln, weshalb die Staatsanwaltschaft auch ein Verfahren gegen die Bank eröffnet und beide Verfahren aus prozessökonomischen Gründen vereinigt (Art. 112 Abs. 4 StPO). Kurz darauf wird das Verfahren gegen die Mitarbeitenden mangels Tatverdachts eingestellt.

Wenn die Staatsanwaltschaft von Beginn an das Verfahren nicht nur gegen die tatverdächtigen natürlichen Personen, sondern auch gegen das Unternehmen führt, bestehen vor dem Hintergrund der Wahrung der Beschuldigtenrechte des Unternehmens keine Besonderheiten. Die natürlichen Personen werden als Beschuldigte einvernommen, die potenziellen Unternehmensvertreter als Auskunftspersonen. Nemo tenetur des Unternehmens bleibt somit gewahrt.

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch dann, wenn – wie im Beispielsfall – zunächst (nur) ein Verfahren gegen Individuen geführt wird. Denn in diesem Verfahren ist das Unternehmen (noch) nicht beschuldigt, mit der Konsequenz, dass der Unternehmensvertreter (noch) nicht als Auskunftsperson, sondern als Zeuge einvernommen wird. Wechselt die Prozessrolle des Unternehmensvertreters, weil die Anlasstat keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann, und wird das Unternehmen Beschuldigter in einem Zeitpunkt, in dem ein Unternehmensvertreter bereits als Zeuge im Verfahren gegen den Anlasstäter ausgesagt hat, fragt sich, ob die Aussage des Unternehmensvertreters im Verfahren gegen das Unternehmen herangezogen werden darf.

Hier kann nicht anderes entschieden werden als wenn jemand in einem Strafverfahren zunächst als Zeuge betrachtet wurde, sich aber dann herausstellt, dass es sich um einen (Mit)beschuldigten oder eine Auskunftsperson handelt. Unter Hinweis auf die Belehrungspflichten³⁷ wird hier von der herrschenden Meinung ein absolutes Beweisverwertungsverbot angenommen³⁸. Die Besonderheit beim Unternehmensstrafprozess besteht allerdings darin, dass – wie bereits geschildert – nicht nur der tatsächliche Unternehmensvertreter, sondern auch alle potenziellen Unternehmensvertreter und deren Mitarbeitenden als Auskunftspersonen behandelt werden. Konsequenterweise kann es deshalb auch beim Rollen-

36 Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG), SR 954.1.

37 Art. 158, 180 StPO.

38 Obergericht Zürich, forumpoenale 2013, S. 343ff. m. Anm. *Gleß*; *Donatsch/Cavegn*, forumpoenale 2009, S. 106; *Donatsch* in: *Donatsch/Hansjakob/Lieber* (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 278 Rdn. 16; *Erni*, SchwZStrR 125 (2007), S. 234; *Schmid*, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, Rdn. 927; *Ruckstuhl*, in: Basler Kommentar StPO (Anm. 9), Art. 158 Rdn. 4.

wechsel der (potenziellen) Unternehmensvertreter nicht darauf ankommen, wer am Schluss das Unternehmen vertritt, so dass alle diese Personen als Zeugen von vornherein ausfallen.

Die Konsequenzen für den Unternehmensstraßprozess sind freilich gravierend: die gesetzliche Ausgestaltung hat zur Folge, dass alle potenziellen Unternehmensvertreter und deren Mitarbeitenden nicht nur im Strafverfahren gegen das Unternehmen als Zeugen ausfallen, sondern auch beim Verfahren gegen den Anlasstäter als Auskunftsperson (mit entsprechendem Aussageverweigerungsrecht) einvernommen werden müssen, um ein paralleles oder späteres Strafverfahren gegen das Unternehmen nicht zu gefährden. Als Zeugen einvernehmen ließen sich Unternehmensvertreter und deren Mitarbeitende allenfalls nur dann, wenn die Verfahren gegen den bzw. die mutmaßlichen Anlasstäter und das Unternehmen strikt getrennt werden, d.h. entweder das Verfahren gegen das Unternehmen erst dann eröffnet wird, wenn das Verfahren über die Anlasstat rechtskräftig eingestellt wurde oder beide Verfahren zeitlich parallel aber getrennt geführt werden³⁹. Letzteres empfiehlt sich allerdings nicht, da die Nichtzurechnung der Anlasstat an eine natürliche Person Voraussetzung für die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit ist und die Verfahren deshalb koordiniert werden müssen, um doppelte Ermittlungen mit ggf. unterschiedlichen Ergebnissen zu verhindern.

Darüber hinaus besteht ein Missbrauchspotenzial darin, dass Mitarbeitende im Unternehmen, die im Strafverfahren wegen der Anlasstat als Zeugen ausgesagt haben, zu Mitgliedern des Exekutivorgans, also zu potenziellen Unternehmensvertretern befördert werden und sich so der Aussagepflicht entziehen könnten. Für diese Konstellation wird teilweise vorgeschlagen, dass die gemachten Aussagen verwertbar seien und kein Beweisverwertungsverbot greife⁴⁰. Jedenfalls dann, wenn das Unternehmen mit der Beförderung bewusst bezweckt, den Strafverfolgungsbehörden einen Zeugen vorzuenthalten, wird man dem zustimmen können.

39 Denkbar wäre es allerdings, auf die zuletzt genannte Situation Art. 178 lit. f StPO anzuwenden, der vorsieht, dass als Auskunftsperson auch einzuvernehmen ist, wer „in einem anderen Verfahren wegen einer Tat, die mit der abzuklärenden Straftat in Zusammenhang steht, beschuldigt ist“. Konsequenz wäre dann wohl, dass (potenzielle) Unternehmensvertreter bzw. deren Mitarbeitende erneut nicht als Zeugen in Betracht kämen.

40 Bertossa (Anm. 5), S. 204.

2. Nemo tenetur und Informationspflichten im Finanzmarktrecht (Art. 29 FINMAG)

Zu einer Verschärfung des beschriebenen Spannungsverhältnisses zwischen Aussagepflichten des Unternehmensvertreters und nemo tenetur des Unternehmens kommt es, wenn das Schweigerecht auf ein staatliches Interesse an Informationserlangung stößt. Denn der Gesetzgeber hat durch Normierung in anderen Rechtsbereichen das dem Unternehmen grundsätzlich zugestandene Schweigerecht jenseits der strafrechtlichen Verantwortlichkeiten insbesondere durch aufsichtsrechtliche Instrumente in eine Konfliktsituation katapultiert.

Parallel zur Ausweitung des Strafverfolgungsanspruches gegenüber Unternehmen, hat sich in den letzten Jahren ein starkes staatliches Aufsichtsrecht entwickelt. Beflügelt durch die jüngsten Finanzkrisen wurden insbesondere im Finanzsektor die Kompetenzen der aufsichtsrechtlichen Behörden erweitert. Dies nicht ohne Konsequenzen für das Strafprozessrecht wie sich am Beispiel von Art. 29 FINMAG⁴¹ und den Kompetenzen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) zeigen lässt.

Art. 29 Auskunfts- und Meldepflicht

¹ Die Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen müssen der FINMA alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.

² Die Beaufsichtigten müssen der FINMA zudem unverzüglich Vorkommnisse melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind.

Während Art. 29 Abs. 1 FINMAG spezielle Auskunfts- und Herausgabepflichten gegenüber der FINMA statuiert, schreibt Art. 29 Abs. 2 FINMAG eine allgemeine Meldepflicht der Beaufsichtigten bezüglich jeglicher aufsichtsrelevanter Ereignisse vor. In Absatz 1 geht es primär um Informationen, die die FINMA bei den Beaufsichtigten anfordert⁴², während sich Abs. 2 auf Informationen bezieht, welche der FINMA unaufgefordert zu übermitteln sind⁴³.

In welchem Verhältnis stehen die dem Unternehmen obliegenden Auskunfts-, Herausgabe- und Meldepflichten des Finanzmarktaufsichtsrechts zum strafverfahrensrechtlichen Selbstbelastungsverbot? Da es hier um die strafrechtliche Verant-

⁴¹ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) vom 22. Juni 2007, SR 956.1.

⁴² Truffer, in: Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2010, Art. 29 FINMAG Rdn. 15.

⁴³ Truffer, in: Vogt/Watter (Anm. 42), Art. 29 FINMAG Rdn. 32.

wortlichkeit des Unternehmens geht, stellt sich diese Frage erneut im Kontext von Aussagen potenzieller Unternehmensvertreter und deren Mitarbeitenden. Un-
erheblich ist folglich, dass in der Regel noch kein Strafverfahren geführt wird und
somit noch kein Unternehmensvertreter bestimmt ist.

a) Grundproblematik paralleler Verfahren

Die Grundproblematik parallel geführter Verwaltungs- und Strafverfahren resul-
tiert zunächst aus deren unterschiedlichen Zielsetzungen. Auf der einen Seite
steht das Aufsichtsrecht, das zukunftsorientiert und präventiv ausgerichtet ist und
deshalb auf eine möglichst umfassende und ehrliche Dokumentation und Kom-
munikation aller relevanten Geschehnisse angewiesen ist. In diesem aufsichts-
rechtlichen Verfahren bestehen deshalb umfassende Auskunfts-, Herausgabe-
sowie Meldepflichten der Betroffenen, die strafverfahrensrechtlichen Mindest-
standards nicht genügen⁴⁴. Verstöße gegen die Finanzmarktgesetze können auf
der anderen Seite aber auch strafrechtlich relevant sein und zwar auch im Hin-
blick auf eine Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB. Im Vordergrund
dürfte die subsidiäre Unternehmensstrafe stehen, wenn der Täter einer Anlasstat
in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks
wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens nicht ausfindig gemacht
werden kann (bspw. bei einem Verdacht auf ein Ausnützen von Insiderinformatio-
nen⁴⁵). Die im verwaltungsrechtlichen Verfahren gesammelten Informationen
können dann interessante Beweismittel sein. Hier greift die Strafprozessordnung
und es gilt das Aussageverweigerungsrecht des beschuldigten Unternehmens.

b) Das Verhältnis von Mitwirkungspflichten und nemo tenetur im Finanzmarktrecht

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Zielsetzungen, ist es richtig, dass
der Gesetzgeber für Aufsichts- und Strafverfahren nicht nur unterschiedliche
Behörden vorsieht (FINMA⁴⁶ und Bundesanwaltschaft⁴⁷ bzw. Eidgenössisches

⁴⁴ Ausführlich: *Wohlers*, in: *Ackermann/Wohlers* (Hrsg.), *Finanzmarktrecht ausser Kontrolle?*
Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 2009, S. 267 ff.

⁴⁵ Art. 40 BEHG.

⁴⁶ Art. 1 FINMAG.

⁴⁷ Art. 50 Abs. 2 FINMAG: Die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft erstreckt sich auf Fälle, in
denen eine gerichtliche Beurteilung verlangt worden ist oder das Eidgenössische Finanzdeparte-

Finanzdepartement⁴⁸), sondern auch davon ausgeht, dass jedes Verfahren seinen eigenen gesetzlichen Regelungen unterstellt ist.

Eine Koordination der Verfahren bei der FINMA und den Strafverfolgungsbehörden ist jedoch zulässig und gewünscht. So schreibt bspw. Art. 38 FINMAG vor, dass die FINMA und die Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone einander Rechts- und Amtshilfe leisten und ihre Untersuchungen – soweit möglich und erforderlich – koordinieren sollen.

Unter dem Fokus der Selbstbelastungsfreiheit des Unternehmens interessieren hier vor allen Informationen der FINMA an die Strafverfolgungsbehörden. Fraglich ist, ob die FINMA auch Informationen weitergeben darf, die sie unter Mitwirkungszwang nach Art. 29 FINMAG erlangt hat.

Zunächst ist entscheidend, dass die FINMA praktisch so vorgeht, dass sie die Betroffenen vor der Befragung darauf hinweist, dass sie ihre Mitwirkung verweigern können, falls die Gefahr bestehe, dass sie sich mit ihrer Aussage einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden. Vordergründig wäre damit nemo tenetur Genüge getan. Die Belehrung verknüpft sie jedoch mit dem Hinweis, dass die Verweigerung der Mitwirkung von der FINMA frei gewürdigt werde. Dies bedeutet insbesondere, dass das Schweigen zu Ungunsten des Beaufsichtigten berücksichtigt werden kann⁴⁹. Darüber hinaus kann die FINMA eine Mitwirkung mittelbar erzwingen, indem sie dem Betroffenen eine „Ungehorsams-Buße“ androht⁵⁰.

Diese Form von mittelbarem Zwang dürfte nach der nicht ganz widerspruchsfreien und dogmatisch inkonsistenten Rechtsprechung des EGMR⁵¹ wohl ausrei-

ment die Voraussetzungen für eine Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Maßnahme für gegeben hält. In diesem Fall überweist das Eidgenössische Finanzdepartement die Akten der Bundesanwaltschaft zuhanden des Bundesstrafgerichts.

48 Art. 50 Abs. 1 FINMAG: „Für die Widerhandlungen gegen die Strafbestimmungen dieses Gesetzes oder der Finanzmarktgesetze ist das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht anwendbar, soweit das vorliegende Gesetz oder die Finanzmarktgesetze nichts anderes bestimmen. Verfolgende und urteilende Behörde ist das Eidgenössische Finanzdepartement.“

49 Vgl. Art. 19 VwVG (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021) i. V. m. Art. 40 BZP (Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273).

50 Art. 48 FINMAG. Diese Vorschrift ist *lex specialis* zu Art. 292 StGB, vgl. *Kurzbein*, Verletzung der Börsenrechtlichen Meldepflichten (Art. 20 und 31 BEHG), 2013, Rdn. 684 Fn. 1328 m. w. N.

51 Vgl. insbesondere: EGMR vom 25.2.1993, *Funke vs. France*, §§ 7 ff.; EGMR vom 29.11.1996, *Saunders vs. United Kingdom*, §§ 15 ff.; EGMR vom 3.5.2001, *J.B. vs. Switzerland*, § 71; EGMR vom 10.9.2002, *Allen vs. United Kingdom*; EGMR vom 8.4.2004, *Weh vs. Austria*, §§ 10 ff.; EGMR vom 4.10.2005, *Shannon vs. United Kingdom*, §§ 7 ff.; EGMR vom 27.4.2004, *Kansal vs. United Kingdom*, § 29; EGMR vom 11.7.2006, *Jalloh vs. Germany*, §§ 11 ff.; EGMR vom 29.6.2007, *O'Halloran*

chen, um einen Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit als Grundlage des Fairnessgebots in Art. 6 EMRK anzunehmen⁵². In anderem Kontext – nämlich im Steuerrecht – hat die Rechtsprechung des EGMR die Schweiz inzwischen zu einer Gesetzesänderung bewogen, wonach Beweismittel aus einem Nachsteuerverfahren in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung nur verwendet werden dürfen, wenn sie weder unter Androhung einer Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen⁵³ mit Umkehr der Beweislast⁵⁴ noch unter Androhung einer Buße wegen Verletzung von Verfahrenspflichten beschafft wurden⁵⁵.

Verstößt eine unter Mitwirkungszwang gewonnene Information im Strafverfahren gegen Art. 6 EMRK, gibt es grundsätzlich zwei Wege, dies bei parallel geführten Verfahren (Aufsichtsrecht und Strafrecht) zu berücksichtigen. Der erste Lösungsansatz bestünde in der Gewährleistung eines Aussageverweigerungsrechts auch im Aufsichtsverfahren. Dieser Weg empfiehlt sich allerdings nicht, da die FIMNA im aufsichtsrechtlichen Verfahren keine Kompetenz hat, Zwangsmaßnahmen anzuordnen und folglich auf die Mitwirkung der Beaufichtigten angewiesen ist⁵⁶.

Zu Recht gehen deshalb der Gesetzgeber⁵⁷ und die h.M. in der Literatur⁵⁸ von einem Beweisverwertungsverbot aus, d.h. die Informationspflichten im Auf-

and Francis vs. United Kingdom, §§ 53ff.; EGMR vom 21.4.2009, Marttinen vs. Finland, §§ 6ff.; EGMR vom 5.4.2012, Chambaz vs. Switzerland. Ausführlich dazu: Roth, SchwZStr 2011, 296 ff.

52 So auch: Benedick, AJP 2011, S. 178; Gleß, Festschrift für Beulke (erscheint demnächst); Kurzbein (Anm. 50), Rdn. 698ff.; Pflaum/Wohlers, GesKR 2013, S. 539; Truffer, in: Vogt/Watter (Anm. 42), Art. 29 FINMAG Rdn. 24; Wohlers, in: Ackermann/Wohlers (Anm. 44), S. 296. Zur Anwendbarkeit der EMRK auf Unternehmen (Art. 34 EMRK) vgl. Queck (Anm. 15), S. 106ff.; von Freier, ZStW 122 (2010), S. 125.

53 Art. 130 Abs. 2 DBG; Art. 46 Abs. 3 StHG.

54 Art. 132 Abs. 3 DBG bzw. Art. 48 Abs. 2 StHG.

55 Unter Hinweis auf diese Gesetzesanpassungen und mit Verweis auf die Urteile des EGMR in den Sachen Saunders v. United Kingdom sowie J. B. v. Switzerland erachtet es das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2011 als unzulässig, einen Steuerpflichtigen im Hinterziehungsverfahren mit Busse zu zwingen, Dokumente bezüglich hinterzogener Beträge herauszugeben bzw. solche im Nachsteuerverfahren zwangsweise erlangten Beweismittel im Hinterziehungsverfahren zu verwerten. Diese Bestimmungen beziehen sich zwar ausdrücklich nur auf das Steuerhinterziehungsverfahren, gelten aber gemäß Bundesgericht analog auch im Verfahren wegen Steuerbetrugs; vgl. BGE 138 IV 52f.

56 Pflaum/Wohlers, GesKR 2013, S. 539f.; ausführlich zu den nachfolgenden Überlegungen: Getz, in: Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, 2014 (im Erscheinen).

57 Amtliches Bulletin – Nationalrat 2012, S. 1134f. (Berichterstattung Huber), abrufbar unter: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4904/384841/d_n_4904_384841_384842.htm (zuletzt abgerufen am 15.1.2014).

58 Benedick, AJP 2011, S. 178; Pflaum/Wohlers, GesKR 2013, S. 539; Truffer, in: Vogt/Watter (Anm. 42), Art. 29 FINMAG Rdn. 21a.; vgl. auch Baumgarten/Burckhardt/Roesch, AJP 2006, 178f.

sichtsverfahren werden nicht eingeschränkt, unter Mitwirkungszwang erhobene Beweise sind aber im Strafverfahren unverwertbar. Damit dies funktioniert, ist darüber hinaus zu fordern, dass das Beweisverwertungsverbot durch eine Fernwirkung abgesichert wird, so dass auch keine aufgrund der Informationen erlangten Beweise benutzt werden dürften⁵⁹.

Sind unter Mitwirkungszwang erhobene Beweise in einem Strafverfahren unverwertbar, stellt sich des Weiteren die Frage, ob die FINMA unverwertbare Beweise überhaupt an die Strafverfolgungsbehörden übermitteln darf. Dagegen spricht zunächst, dass Art. 141 Abs. 5 StPO vorschreibt, dass unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen sind und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten werden müssen. Erst danach dürfen sie vernichtet werden.

Eine Aussonderung der Akten im aufsichtsrechtlichen Verfahren birgt allerdings einige Probleme. Zum einen soll die Frage der Verwertbarkeit nach Ansicht des Bundesgerichts vom Sachrichter entschieden werden⁶⁰. Zum anderen – und wichtiger – gelten Beweisverwertungsverbote nach herrschender Ansicht als reine Belastungsverbote⁶¹. Eine Separierung sollte also nicht dazu führen, dass die im aufsichtsrechtlichen Verfahren erhobenen entlastenden Beweise im Strafprozess nicht berücksichtigt werden. Ob und für wen eine Aussage be- oder entlastend ist, lässt sich in dem Verfahren vor der FINMA aber oft noch gar nicht sagen. Dies gilt umso mehr, weil zunächst der Kreis möglicher Tatverdächtiger abgesteckt werden muss und der Fokus bei der Ermittlung der Anlasstat ein anderer sein kann als bei der späteren Strafuntersuchung gegen das Unternehmen. Eine für das Unternehmen belastende Aussage kann bspw. für den mutmaßlichen Anlasstäter entlastend wirken und umgekehrt. Dies rechtfertigt es, dass die FINMA auch möglicherweise unverwertbare Beweise an die Strafverfolgungsbehörden übermitteln darf⁶².

59 *Kurzbein* (Anm. 50), Rdn. 705 ff.

60 Urteil des Bundesgerichts vom 13.4.2012 (BGer 1B_179/2012); Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juni 2013 (BGer 1B_2/2013). Das Bundesgericht geht davon aus, dass Beweismittel bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen (i. d. R. Untersuchungshaft) berücksichtigt werden dürfen, wenn die Verwertbarkeit der Beweismittel, welche den Tatverdacht begründen, nicht zum Vorneherein als ausgeschlossen erscheint (Urteile 1B_326/2009 vom 11. Mai 2010; 1B_123/2008 vom 2.6.2008).

61 Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen des Berner Obergerichts vom 18. Juni 2012 (BK 2012 62), E. 4.2.; Obergericht Zürich, forum poenale 2013, S. 346 mit Anm. *Gleß*; *Benedict/Treccani*, in: *Kuhn/Jeanerret* (Hrsg.), *Code de procédure pénale suisse*, 2011, Vorbem. zu Art. 139–141, Rdn. 18 f. sowie Art. 141 Rdn. 31 ff; *Gleß*, in: *Basler Kommentar StPO*, 2011, Art. 141 Rdn. 111 ff.; *Häring*, *SchwZStrR* 2009, 234 f.; a. A. *Donatsch/Cavegn*, *SchwZStrR* 2008, S. 166 f.

62 So auch: *Pflaum/Wohlers*, *GesKR* 2013, S. 538.

V. Fazit

Wenn der Gesetzgeber so etwas Neues wie ein Unternehmensstrafrecht konzipiert, bleibt dies nicht ohne Wirkungen auf das Prozessrecht. Dies gilt zunächst und vor allem für die Anwendbarkeit der tradierten Grundsätze des Strafprozessrechts, die den Beschuldigten in seiner Stellung als Subjekt des Strafverfahrens schützen und staatliche Verfolgungsinteressen aus Gründen des Schutzes der Menschenwürde und des Persönlichkeitsschutzes begrenzen sollen. Inwieweit der Strafprozess durch die Normierung einer Unternehmensstrafbarkeit anzupassen ist, lässt sich wohl nur vor dem Hintergrund einer grundlegenden Diskussion über die Übertragbarkeit der heute noch maßgeblich auf Individuen zugeschnittenen Verfahrensgrundsätze auf das Unternehmen beantworten. Wie der Blick in andere Länder zeigt, bewegt sich das Spektrum möglicher Lösungen von einer grundsätzlichen Ablehnung der Geltung strafprozessualer Garantien bis hin zu einer weitest gehenden Gleichstellung von Unternehmen und Individuen.

Mit der Geltung der Verfahrensgrundsätze (und insbesondere von *nemo tenetur*) auch für Unternehmen ist die Schweiz einen eher unternehmensfreundlichen Weg gegangen. Als „Quasi-Beschuldigter“ wird der Unternehmensvertreter in wesentlichen Teilen zum funktionalen Äquivalent für das Unternehmen. Wenn man diesen Weg für richtig hält, muss sich das Schweigerecht des Unternehmens allerdings auch in Situationen bewähren, in denen den Unternehmensvertreter aus anderen Gründen eine Aussagepflicht trifft, etwa als Zeuge bei der Ermittlung der Anlasstat oder in der Aussagesituation in einem dem Strafverfahren vorgeschalteten aufsichtsrechtlichen Verfahren. Das richtige Mittel hierfür ist die Statuierung von Beweisverwertungsverböten im Strafverfahren gegen das Unternehmen.